

**OBSERVATIONS DU GROUPE VINCI  
SUR LA PROPOSITION DE DIRECTIVE  
SUR L'ATTRIBUTION DES CONTRATS DE CONCESSION**

## **1 .Etat de la proposition**

La proposition de directive sur les concessions a été présentée par la Commission le 20 décembre 2011. Elle a été transmise au Conseil de l'Union européenne et au Parlement européen aux fins du lancement de la procédure législative. Son adoption est prévue avant la fin de l'année 2012 par l'Acte pour le Marché unique. Cette initiative législative devra respecter la procédure de la codécision.

La proposition de directive porte sur l'ensemble des contrats de concession (de travaux mais aussi de services). Elle dissocie ainsi notamment les dispositions applicables aux concessions de travaux publics de celles applicables aux marchés publics en établissant un régime commun à l'ensemble des concessions.

## **2. Commentaires liminaires**

VINCI Concessions souhaite tout d'abord saluer l'initiative consistant à consacrer une directive distincte à l'attribution, reconnaissant ainsi la spécificité des concessions par rapport aux marchés publics, et le double objectif annoncé, à savoir « *renforcer la sécurité juridique et garantir à toutes les entreprises européennes un meilleur accès aux marchés des concessions* ».

Cependant, alors qu'avait été annoncée une «light approach» adaptée précisément à la particularité des concessions et reconnaissant la nécessaire souplesse attachée à ce type de contrats publics, force est de constater que, contrairement aux déclarations de la Commission, la proposition de directive ne constitue pas une initiative *a minima* puisqu'elle recouvre à la fois la passation et l'exécution des contrats de concession et surtout reprend de nombreuses dispositions de la proposition de directive sur les marchés publics. Il y a lieu à cet égard de relever que le texte emprunte de façon quasi-systématique une terminologie « marchés ». Or, nous le soulignerons plus tard, ces emprunts vont bien au-delà d'un seul problème de vocabulaire, puisqu'ils se traduisent par une inadaptation de certaines dispositions, tout simplement inapplicables à des concessions.

Il y a là une contradiction intrinsèque entre le constat fait par la Commission européenne, à savoir « *qu'une législation plus détaillée, similaire aux règles en vigueur pour l'attribution des marchés publics, allait au-delà de ce qui était nécessaire pour atteindre les objectifs visés* », et les

dispositions procédurales insérés dans la proposition très largement issues des directives « marchés » éloignant le texte de sa finalité, attribuer aux concessions un instrument juridique distinct des directives sur les marchés publics.

La proposition de directive sur les concessions ne prend pas suffisamment en compte la différence de nature entre les concessions et les marchés publics. Les marchés publics ne sont en effet qu'une simple technique d'achat alors que les concessions constituent un véritable partenariat entre une personne publique et un opérateur auquel est concédé la construction d'un ouvrage et/ou l'exploitation d'un service pour une durée relativement longue. Cette différence de nature justifie une différence de régime juridique. Cette prise en compte de la spécificité des concessions par rapport aux marchés publics n'a de toute évidence pas été prise en compte par la proposition de directive.

Cette assimilation des concessions aux marchés publics est particulièrement manifeste s'agissant des dispositions relatives à la modification des concessions. L'article 42 reprend en effet mot pour mot l'article 72 de la proposition de directive sur les marchés publics alors que les concessions, et surtout les concessions de travaux publics, sont des contrats de longue durée qui doivent pouvoir évoluer dans la durée, en vertu du principe de mutabilité.

Nous relevons également une contradiction majeure entre l'objectif annoncé d'ouverture du marché des concessions à toutes les entreprises de l'Union Européenne et les différentes exclusions au champ d'application de la directive introduites par le texte.

Enfin, nous souhaitons également attirer l'attention sur les problèmes de traduction, la version française ne respectant pas toujours le texte de la version anglaise, ce qui ne peut que générer des difficultés d'interprétation et des divergences d'application.

### **3. Commentaires particuliers et propositions de modification**

#### **- article 6 : Méthode de calcul de la valeur estimée des concessions**

La proposition de directive reprend *in extenso* les dispositions très complexes des propositions de directives sur les marchés publics et prévoit des règles différentes de calcul du seuil. En outre, elle prévoit des règles différentes de calcul pour le montant des concessions de travaux et celui des concessions de services, sans pour autant expliquer comment opérer la distinction entre ces différentes concessions.

- L'article 6.5 indique que pour les **concessions de travaux**, le calcul de la valeur estimée prend en compte le montant des travaux ainsi que « *la valeur totale estimée des fournitures et des services mis à la disposition de l'entrepreneur par les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices pourvu, qu'ils soient nécessaires à l'exécution des travaux* ».

- L'article 6.9 définit la valeur des **concessions de services** comme la « *valeur totale des services que le concessionnaire doit fournir pendant toute la durée de la concession, calculée conformément à une méthode objective précisée dans l'avis de concession ou les documents de concession* ».

Ces dispositions pour le calcul du seuil de 5 millions d'euros sont particulièrement complexes et source de difficultés d'interprétation et, partant, d'insécurité juridique.

Par ailleurs, pourquoi distinguer les méthodes de calcul entre concessions de travaux et concessions de services, alors que la proposition de directive prévoit des règles de passation identiques ?

Ceci est source de difficultés pour les collectivités publiques des difficultés dans la mesure où les concessions de travaux sont généralement assorties de services (ex concessions d'autoroutes, concessions ferroviaires), de même que les concessions de services sont rarement dépourvues de services.

**Aussi, nous proposons une règle simple pour l'appréciation du seuil qui s'appliquerait à l'ensemble des concessions** qui consiste, à l'article 6, à supprimer les points 1,2, 5 et 9 et à les remplacer par la phrase suivante :

**Article 6.5 :**

*« Pour l'appréciation du seuil, la valeur estimée de la concession est égale aux chiffres d'affaires estimés HT cumulés sur la durée du contrat. »*

**- articles 11 et 15 : Exclusions**

Les articles 11 et 15 illustrent la contradiction relevée à titre liminaire entre l'objectif annoncé d'ouverture du marché des concessions et la réduction du champ d'application de la directive, inéluctable conséquence des exclusions prévues.

Au-delà des exclusions légitimement accordées à certains secteurs économiques, dits «spéciaux», les exclusions introduites par ces articles tendent à développer des exceptions aux règles de mise en concurrence, ce qui ne peut que conduire inévitablement à une fermeture des marchés aux entreprises.

Ces dispositions vont donc clairement à l'encontre de l'objectif affiché par la Commission d'ouvrir à la concurrence les concessions.

**- Article 11 : Contrats passés entre une entité adjudicatrice et une entreprise liée**

Cet article dispense la collectivité publique de toute procédure de concurrence lorsqu'elle choisit de passer un contrat avec une entreprise qui lui est liée (autrement dit une société d'économie mixte).

Cet article reprend une disposition de la directive 2004/17 (secteurs spéciaux), qui répondait à la situation spécifique des entreprises privées qui pouvaient être qualifiées d'entités adjudicatrices lorsqu'elles détenaient des droits exclusifs ou spéciaux.

Cette disposition étendue à toutes les entités adjudicatrices, même celles qui sont des collectivités publiques (pouvoirs adjudicateurs), est dévoyée de son objet premier.

Introduire cette disposition dans la directive « concessions » conduirait à permettre aux entités publiques ou parapubliques d'attribuer des missions majeures sans mise en concurrence à toute entité qualifiable d' « entreprise liée ».

Cette disposition étendue aux concessions permettrait notamment aux collectivités allemandes d'attribuer des contrats de concession à leur « Stadtwerke », même lorsque la société comporte des capitaux privés, dès lors qu'elle intervient dans un des secteurs spéciaux, tandis que la filiale d'une collectivité publique comportant des capitaux privés ne peut aujourd'hui, selon la jurisprudence communautaire, bénéficier de la dérogation *in house*.

Il pourrait donc être envisagé de supprimer cet article. Cependant, afin de retenir une solution qui puisse être commune avec la proposition de directive sur les « marchés dans les secteurs spéciaux », nous proposons l'amendement suivant qui consiste à **insérer à la fin de l'article 11 la phrase suivante :**

*« Le présent article ne s'applique pas aux entités adjudicatrices qui sont des pouvoirs adjudicateurs au sens de l'article 3 de la présente directive ».*

#### **- Article 15 : Relations entre pouvoirs publics**

Non seulement cet article, en n'assurant pas un meilleur accès aux marchés des concessions au sein de l'Union, ne permet pas aux entreprises de se développer mais dans sa rédaction actuelle risque, bien au contraire, de limiter le recours à ce type de contrats au profit de solutions en régie ou en quasi-régie encouragées par les dérogations trop larges et non encadrées qui leur sont accordées.

L'article 15 codifie la jurisprudence de la CJUE sur la dérogation *in house* (jurisprudence «Teckal») et son unique arrêt sur la coopération horizontale, création prétorienne, par nature évolutive et fluctuante, qui constitue une dérogation aux règles fondamentales de publicité et de mise en concurrence. Il convient à cet égard de rappeler que la codification de la jurisprudence *in house* n'avait pas été admise par le Parlement européen en 2004 lors de la révision des précédentes directives sur les marchés publics.

La jurisprudence sur cette question ne devrait pas être ainsi « cristallisée » à un stade donné de son évolution. Au surplus, la rédaction actuelle élargit les conditions posées par la jurisprudence en admettant que la dérogation puisse s'appliquer également aux contrats passés entre l'entité contrôlée et sa collectivité de rattachement.

Une telle démarche contribuerait à développer, en France comme dans l'ensemble des Etats membres de l'Union, des modes de gestion dispensés de mise en concurrence préalable, risquant d'entraîner la fermeture de marchés aux opérateurs privés, la mise en compétition périodique de ces marchés ou un changement du mode de gestion, démarches pourtant économiquement saines, n'étant pas assurés.

Or, en vertu de la jurisprudence de la Cour de Justice, la dérogation *in house* doit rester d'interprétation stricte et c'est à celui qui entend s'en prévaloir qu'incombe la charge de la preuve de ce que les circonstances exceptionnelles justifiant cette dérogation existent effectivement (cf. Arrêts Parking Brixen du 13 octobre 2005 et ANAV du 6 avril 2006).

Par ailleurs, il est indispensable que le lien soit fait entre ces hypothèses de relations entre pouvoirs publics et la réglementation communautaire sur les SIEG et les aides d'Etat.

S'il n'est pas contesté que les collectivités publiques puissent, en vertu du principe de libre administration, continuer à pouvoir choisir entre une gestion interne et une gestion externalisée de leurs services publics, des conditions d'égalité de traitement et de transparence doivent impérativement être garanties pour un fonctionnement sain du marché.

Le texte devrait se limiter à rappeler les deux conditions de l'arrêt «Teckal», à savoir d'une part, le contrôle analogue à celui que le pouvoir adjudicateur exerce sur ses propres services et d'autre part, la condition de chiffre d'affaires.

Or, la proposition prévoit de substituer à la formule «l'essentiel du chiffre d'affaires» la référence à 90% du chiffre d'affaires. Le seuil restant de 10% peut cependant représenter en valeur absolue un montant considérable, certaines régions ayant des compétences particulièrement étendues, notamment en Allemagne.

L'introduction d'un seuil, difficilement vérifiable en pratique, n'est pas une solution satisfaisante.

Il serait nécessaire de prévoir que l'entité qui bénéficie de la dérogation *in house* ne puisse pas intervenir sur les marchés ouverts à la concurrence.

**Dès lors, nous proposons ce qui suit :**

**A l'article 15.1, b)** remplacer les mots « *au moins 90 % des activités* » par « *l'intégralité des activités* » (le reste sans changement) et supprimer les paragraphes 15.2 et 15.3.

**L'article 15.4** (Coopération horizontale entre pouvoirs adjudicateurs), fondé sur l'arrêt « Ville de Hambourg » (2009) devrait être supprimé.

Il relève en effet de l'organisation des collectivités entre elles et non pas de la gestion du service (au cas de la Ville de Hambourg, l'installation est en gestion privée).

Si cet article devait être néanmoins maintenu, il conviendrait de supprimer le c) du paragraphe 4 de l'article 15 (règle des 10%). En effet, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice qui bénéficie de la dérogation *in house* ne doit pas pouvoir intervenir sur les marchés ouverts à la concurrence.

#### **- Article 16 : Durée de la concession**

Les éléments d'appréciation de la durée des concessions ne prennent pas suffisamment en compte la réalité des concessions. Certaines n'incluent pas d'investissements (ex : concessions de service, contrats de type affermage en France), mais opèrent bien, pour autant, un transfert de risque opérationnel, et leur durée peut être déterminée à l'aide d'autres critères tels que des objectifs contractuels de qualité et de performance.

De plus, la rédaction actuelle de l'article 16 ne vise que les investissements effectués « *lors de l'exploitation des travaux ou des services* », et omet les investissements initiaux réalisés dans le

cadre d'une concession – de travaux ou de service – qui devraient pourtant être spécifiquement mentionnés ici.

Enfin, l'expression « *investissements effectués lors de l'exploitation des travaux ou des services* » ne semble pas appropriée dans la mesure où leur montant n'est pas toujours connu précisément lors du lancement de la procédure.

**Nous proposons de substituer à la rédaction actuelle le texte suivant :**

*« La durée de la concession est fixée en considération du temps nécessaire pour permettre, lorsque des investissements, matériels ou immatériels, sont mis à la charge du concessionnaire, de lui assurer une rémunération raisonnable du capital investi.  
En l'absence d'investissements d'un montant significatif, la durée est déterminée en fonction du temps jugé nécessaire pour atteindre les objectifs fixés par le contrat, notamment en termes d'amélioration des performances du service, objet de la concession. »*

**- Article 24 : Confidentialité**

La prescription selon laquelle « *le pouvoir adjudicateur ne divulgue pas les renseignements que les opérateurs économiques lui ont communiqués à titre confidentiel* » n'est pas satisfaisante.

Les entreprises constatent trop souvent que les éléments de leur savoir-faire (idées, créations...) sont repris et réutilisés sans leur autorisation.

Les entreprises doivent pouvoir être assurées que toutes les informations contenues dans leurs offres ne puissent être divulguées par le pouvoir adjudicateur sans être obligées de préciser lorsqu'elles soumissionnent que tel ou tel élément de leur offre est communiqué « *à titre confidentiel* ».

En outre, la méconnaissance de cette obligation de non divulgation devrait pouvoir être sanctionnée.

**Nous proposons donc de rédiger comme suit le point 1 :**

*« Sauf disposition contraire de la présente directive ou des règles de droit national régissant l'accès à l'information, et sans préjudice des obligations en matière de publicité sur les marchés attribués et d'information des candidats et des soumissionnaires qui figurent aux articles 27 et 35 de la présente directive, le pouvoir adjudicateur ne divulgue pas les renseignements que les opérateurs économiques lui ont communiqués, notamment les secrets techniques ou commerciaux.*

*Tout manquement à cette obligation est de nature à engager la responsabilité du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice ».*

Et de supprimer l'ensemble du point 2.

**- Article 32 et annexe VIII : Spécifications techniques**

Les développements relatifs aux spécifications techniques sont « importés » du régime des marchés publics, contrats dans lesquels la collectivité publique est prescriptrice.

Ceci est tout à fait inadapté aux concessions et va à l'encontre de la nature de ce type de contrats complexes et globaux, caractérisés par un transfert du risque vers le concessionnaire. Il revient dès lors au concessionnaire qui exploitera à ses risques et périls dans la durée et, partant, répondra des conséquences de ses choix techniques, de faire des préconisations et propositions globales.

#### - **Article 35 : Garanties de procédure**

Cet article qui vise à encadrer les procédures d'attribution et prévoit le recours à la négociation mérite d'être amendé sur un point afin d'éviter des difficultés d'application.

La phrase au point 5 « *Lorsque l'attribution de la concession nécessite une négociation* » est en effet sujette à interprétation quant à la notion de « nécessité ».

**Le principe du recours à la négociation, procédure parfaitement adaptée s'agissant de l'attribution d'une concession, doit être affirmé et il serait préférable de substituer ce qui suit :**

***«Pour l'organisation de la négociation, les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices respectent les règles suivantes : ....».***

#### - **Article 39 : Critères d'attribution**

L'octroi de concessions sur la base de critères objectifs garantissant l'effectivité de la concurrence est bien évidemment opportun.

Toutefois, le recours à la méthode de la pondération des critères nous semble tout à fait inadapté en matière de concessions, en qu'il ne prend pas en compte les caractères propres de ces dernières.

Compte tenu de la complexité des missions dévolues à un concessionnaire et de la diversité des solutions proposées par les candidats à une concession, il est indispensable d'introduire davantage de souplesse, notamment pour permettre aux collectivités de prendre en compte les variantes, tout en garantissant la transparence et l'objectivité de la procédure.

#### - **Article 42 : Modification des concessions en cours**

Les contrats de concession, qui recouvrent une multitude de contrats s'exerçant dans des secteurs d'activités différents, ont comme caractéristiques communes leur globalité, leur complexité, ainsi que leur durée significative, ce particulièrement s'agissant des concessions de travaux compte tenu du montant des investissements à réaliser par le concessionnaire.

**La longue durée et l'incomplétude initiale de ces contrats** impliquent une nécessaire souplesse quant aux possibilités d'évolution dans la durée.

**Cet impératif de mutabilité a été clairement identifié par l'avocat général Y Bot dans l'affaire Wall AG.** Celui-ci relevait, en effet, qu'au stade de l'exécution du contrat, le concessionnaire devait « *disposer de la marge de manœuvre suffisante pour s'adapter aux conditions du marché et aux changements qui peuvent intervenir dans l'environnement* ».

*économique, technique ou juridique de la concession. Les contraintes imprévisibles et les incidents d'exécution qui sont inévitables dans les investissements de longue durée requièrent donc des parties une flexibilité particulière et un esprit de coopération. Les causes de renégociation des contrats sont donc multiples ».*

Cet impératif doit par ailleurs - il est vrai - être concilié avec la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne selon laquelle « en vue d'assurer la transparence des procédures et l'égalité de traitement des soumissionnaires, des modifications substantielles, apportées aux dispositions essentielles d'un contrat de concession, pourraient appeler, dans certaines hypothèses, l'attribution d'un nouveau contrat de concession lorsqu'elles présentent des caractéristiques substantiellement différentes de celles du contrat de concession initial et sont, en conséquence, de nature à démontrer la volonté des parties de renégocier les termes essentiels de ce contrat »<sup>1</sup>.

La proposition de directive s'efforce d'assurer la conciliation entre transparence et mutabilité, et cette initiative doit être saluée.

Cependant, dans un souci de sécurité juridique, la rédaction de l'article 42 gagnerait à être précisée sur quelques points.

Le **texte de l'article 42** est en effet en l'état rigoureusement identique à celui de l'article 72 de la directive marchés publics et il **doit être amendé pour prendre en compte la spécificité de la concession par rapport au marché public. En particulier la valeur d'une concession ne peut être appréhendée au travers d'un prix, donnée spécifique au marché.**

On rappellera à ce stade qu'en l'état actuel de la rédaction, l'article 42, en son paragraphe 4, prévoit que *« lorsque la valeur d'une modification peut être exprimée en termes monétaires, celle-ci n'est pas considérée comme substantielle au sens du paragraphe 1 lorsque sa valeur ne dépasse pas les seuils fixés à l'article 5 et est inférieure à 5 % du prix du contrat initial, à condition que la modification ne change pas la nature globale du contrat ».*

Or, pour une concession, contrat de longue durée, particulièrement s'agissant du contrat de concession de travaux (par exemple, la concession d'autoroute ou d'ouvrage d'art), la **notion de « prix du contrat initial » n'est pas adaptée.** On peut en revanche avantageusement lui substituer celle de « valeur de la concession ». Reste alors à définir cette valeur. **Le plus simple et le plus rationnel est, à cet égard, de se référer à l'article 6 du projet** puisque ce dernier fournit une définition de la « valeur de la concession » et que l'on ne saurait, en tout état de cause, donner plusieurs définitions de la valeur dans le même texte normatif, sauf raison dirimante non rencontrée ici. La définition de l'article 6 du projet, en son état actuel, n'étant pas pleinement satisfaisante, une rédaction alternative a été proposée (cf commentaire ci-dessus sur l'article 6).

**S'agissant des modifications successives**, afin de prendre en compte la longue durée des contrats de concession, il apparaît nécessaire d'introduire une limitation dans le temps de la période prise en compte. Celle-ci peut être raisonnablement fixée à cinq ans afin d'être adaptée aux différents types de concessions (travaux ou services).

---

<sup>1</sup> CJUE 13 avril 2010, WALL AG, C-91/08



**Nous proposons donc la rédaction suivante :**

« **4.** Lorsque la valeur d'une modification peut être exprimée en termes monétaires, celle-ci n'est pas considérée comme substantielle au sens du paragraphe 1 lorsque sa valeur ne dépasse pas les seuils fixés à l'article 5 et est inférieure à 5 % ~~du prix du contrat initial~~ **de la valeur de la concession lors de la modification, valeur telle que définie à l'article 6**, à condition que la modification ne change pas la nature globale du contrat. Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, la valeur en question est la valeur cumulée des modifications successives, la période prise en compte étant la période de cinq années qui précède la modification. »

De même, le **paragraphe 6** prévoit qu'une modification substantielle ne nécessite pas de nouvelle procédure d'attribution de concession notamment lorsqu'« *une éventuelle augmentation de prix ne résulte pas en une valeur supérieure de plus de 50 % à la concession initiale* ». **Si la notion d'augmentation de prix a tout son sens dans la directive relative à l'attribution des marchés publics, celle-ci n'a pas sa place dans la directive concession, compte tenu du mode de rémunération du concessionnaire.** Nous proposons de substituer la rédaction suivante : « lorsqu'une éventuelle modification ne résulte pas en une valeur supérieure de plus de 50 % à la valeur de la concession lors de la décision portant modification ».

**Nous proposons pour le paragraphe 6 la rédaction suivante :**

« 6. Par dérogation au paragraphe 1, une modification substantielle ne nécessite pas de nouvelle procédure d'attribution de concession lorsque les conditions suivantes sont réunies:

(a) la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'un pouvoir adjudicateur diligent ou une entité adjudicatrice diligente ne pouvait pas prévoir;

(b) la modification ne change pas la nature globale de la concession;

(c) en cas de concessions attribuées par des pouvoirs adjudicateurs, lorsqu'il ne résulte pas de la modification envisagée une valeur supérieure de plus de 50% à la valeur de la concession à la date de la modification. Cette valeur est le cumul à la date de la modification envisagée des chiffres d'affaires sur la durée de la concession. Elle est exprimée en valeur actualisée à cette date.

*Pour les concessions de travaux publics, le montant des travaux complémentaires résultant de la modification ne doit pas dépasser 50% du montant total des travaux de la concession à la date de la modification envisagée, actualisé à cette même date. »*

L'adoption de ces propositions de modification permettrait de concilier mutabilité et transparence en distinguant clairement les modifications des concessions en cours des nouvelles procédures d'attribution.

Enfin, au-delà de ces nécessaires précisions, **le texte de l'article 42 suscite une question s'agissant de son paragraphe 7** qui prévoit que « *les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices ne recourent pas à une modification de la concession dans les cas suivants :*

*(a) lorsque cette modification viserait à remédier à des déficiences dans l'exploitation par le concessionnaire ou à ses conséquences, quand il est possible d'y remédier en faisant exécuter les obligations contractuelles applicables;*

*(b) lorsque cette modification vise à compenser les risques d'augmentation de prix qui résultent de fluctuations de prix susceptibles d'avoir une incidence importante sur l'exécution du marché et qui ont été couverts par le concessionnaire. »*

**Le sens de ce paragraphe mérite d'être clarifié.** Que faut-il entendre par «*les pouvoirs adjudicateurs ne recourent pas à une modification de la concession...*» ?

Deux réponses sont à ce stade possibles :

- soit on entend signifier que dans les hypothèses visées, la modification est impossible dans son principe, en droit comme en fait,
- soit l'on veut dire que dans ces hypothèses, la modification n'est pas vraiment nécessaire, toute prise en compte des événements visés n'étant pas pour autant impossible.

\*\*\*